

胎児の法的地位の再考

——胎児治療や人工子宮の開発を契機として

永 水 裕 子

目次

1. はじめに
2. 胎児治療と倫理的懸念
3. 我が国の法律における「出生」の意義
4. 民法における「胎児」の法的地位
5. 胎児の利益と妊婦の権利の衝突—利益相反
6. おわりに

キーワード：fetus as a patient, 医学研究, 革新的治療, 妊婦, 胎児の法的地位

1. はじめに

胎児を体外に取り出して手術し戻す手術がすでに行われていることや、新生児集中治療室での治療よりも高い効果が期待できる人工子宮（一定期間のみ子宮外の子宮同様の環境で育てることで、発育が期待できる。羊における研究で成功）開発の可能性により、これまで民法や刑法で考えられてきた、法人格に関する概念が揺さぶられている。例えば、民法の通説によれば、胎児全体が体外に露出した時が民法3条1項における「出生」に該当し、その時からその存在は「人」として権利能力（Rechtsfähigkeit）を有することとなると考えられているが、胎児を全部露出し（胎盤はそのまま）、腫瘍の摘出を行い、その後胎児を子宮内に戻して、無事出産に至った事例が既にアメリカにおいて報告されており、この場合に、この子は「二

度生まれた」ことになるのか、あるいは腫瘍の摘出手術で体外に全部露出した段階で生まれたことになるのかについては十分な検討がなされていない。一度目の全部露出で生まれたとされると、その時点で法人格が付与されるため、その後、子宮に戻された後もその子は「人」として扱われることとなるが、子宮内にいる存在を「人」と捉えるのは法律家の考え方の中にはあまりないことではないだろうか。しかし、科学技術の進歩により、今まで明確に区別できると考えられていた「人」と「胎児」の区別が曖昧になった現段階で、考察してみる必要がある。というのも、科学技術の進歩により、今後体外発生（ectogenesis）が可能となった場合に、いつの段階からある存在を「人」といえるのか、体外受精胚を「人」と同様に扱うことができるのか等⁽¹⁾の問題に将来的には直面する可能性があるからである。

本稿は本間法之先生に献呈するものであるが、本間先生は私の採用時の主査であり、本学法学部赴任後にも様々なことに挑戦するように促し、見守って下さった。従って、今回も自分にとって新しい課題に挑戦し、問題提起を行いたい。

本稿においては、まず、現在における胎児治療に関する倫理的懸念について述べ、第二に、倫理的枠組の外枠として、民法上および刑法上の意味における出生、並びにこれらの胎児治療等の技術が出生の概念にもたらすであろう変化について検討し、第三に、民法上の胎児の法的地位について不法行為に基づく損害賠償責任という観点から考察するとともに、胎児治療において親がどのような基準に基づき決定すべきなのか（注意義務）、そして、胎児治療の選択（不参加の場合も含む）の際に同意を行う親とは妊婦のみを指すのか、あるいは胎児出生後の法定代理人である親権者を指すのか、胎児と親の利益相反に対してどのように対処すべきかについて検討する。⁽²⁾

2. 胎児治療と倫理的懸念

(1) 胎児治療

多くの胎児疾患は生後の治療で十分管理可能だが、一部の疾患は出生後まで治療が待てず、そのような子を何とか助けたいという意図から胎児治療が始まったとされる⁽³⁾。子宮内の胎児の状態が可視化され胎児疾患の診断ができるようになってからまだ半世紀である胎児治療の歴史は新しく、ほとんどの胎児治療は何らかの外科的侵襲を伴うもので、外科技術の進歩やそれを支える内視鏡や超音波診断装置の進歩とともに発展してきた⁽⁴⁾。中田雅彦「日本における胎児治療の現状と課題」⁽⁵⁾によれば、胎児疾患によって母体への侵襲度、胎児治療の目的が異なること、双胎間輸血症候群に対する胎児治療が大半を占め、続いて胎児胸水が対象疾患であること、治療デバイスの進歩により、低侵襲の胎児治療へと移行しているのが世界的な流れであるとされている。ただ、一部の胎児治療は日常診療の一部として行われ、保険適用されるものもあるが、多くの胎児治療はいまだ実験的治療と考えられるため⁽⁶⁾、本稿では胎児治療の開発研究の場面を想定して論じることとする。

(2) 胎児治療に関する現在の倫理ガイドライン

胎児治療に係る治療介入技術の開発と臨床応用を進めるためには、医学研究の手続を経る必要があるが、研究倫理における現在の「被験者保護」の倫理的規制枠組において、「胎児」がその保護の対象となるべき「被験者」から抜け落ちて⁽⁷⁾いることが問題視されている。とはいえ、物理的に胎児と妊婦は不分離なので、胎児のみの保護を考慮することも、従来の枠組のように「妊婦」のみを被験者として扱う（胎児に妊婦の体の一部としての保護を与える）ことも不十分であり、「胎児」と不分離かつ時に医学的に利益相反状態にある「妊婦」の双方を適切に保護しながら臨床研究開発を進めるための倫理的な枠組や提言・指針の検討が喫緊の課題であると考えら

れている。その前提として、新たな倫理的規制枠組を検討するにあたっての法的に許容される外枠を示す必要があるため、我が国における胎児の法的地位⁽⁸⁾に関する検討を行っていく。

3. 我が国の法律における「出生」の意義

(1) 「出生」の意義

民法3条1項は、「私権の享有は、出生に始まる」と規定し、権利能力の始期を「出生」の時とするのが原則である（胎児の例外については後述する。）。民法上、「出生」の定義は置かれていないが、いつを出生とするかは、胎児が人となって権利能力を取得する時期を決定するために重要であるだけでなく、死産であるか、生まれた後に死亡したのかを決定する上においても、極めて重要なことである。民法においては、出生の完了、すなわち胎児が母体から全部露出することをもって出生とするのが通説である（全部露出説⁽¹⁰⁾）。出生の時期を明瞭にする点で通説が優れていると考えられているが⁽¹¹⁾、学説としては、独立して呼吸することを基準にするもの（独立呼吸説）もあり、その理由は、「自己ノ肺臓ヲ以テ呼吸スル時」に独立の生存開始するもの⁽¹²⁾と考えるからであるとされるが、後述の通り技術開発に伴いこの説を再評価すべき時期に来ているように思われる。

なお、上記のような通説の解釈は、医学上の見解ではなく、立法理由から導き出されている。民法では、相続などの法律問題を考えたときに、出生時にどの時点から権利・義務の主体としての地位を与えるのが適切か、という観点から判断することになる⁽¹³⁾。そして、独立した権利義務の主体となるためには、全部露出までが必要であり、かつそれで足りると考えるわけである⁽¹⁴⁾。

これに対して、刑法は、民法とは異なる理由、すなわち、加害の対象となり得る点を考慮して、胎児が一部露出した場合に「人」とし、殺人罪の対象としており⁽¹⁵⁾、一部露出説が通説である⁽¹⁶⁾。このように、胎児の法的地位を考える際には、「刑法上の法的地位」と「民法上の法的地位」を分けて

考えなければならない。その理由は、民法と異なり、わが国の刑法は罪刑法定主義を前提にしており、類推解釈が禁止されているので、現時点では胎児が刑法上人と同程度に保護されるとする解釈論や立法論を展開することは困難であるからである。⁽¹⁷⁾ もちろん、民法でも、不法行為では加害対象としての適格性の観点が意味をもつが、むしろ、権利主体としての適格性の観点が重要である。その場合、母体という他の権利主体からの独立性が明確であることが必要であり、かつそれで足りるため、母体から胎児が完全に排出された時点をもって出生とする定義でよいと考えられている。⁽¹⁸⁾

(2) 「生きて生まれること」の必要性 (born alive rule)

なお、民法において、全部露出したときは、臍帯を切ることは必要でないが、極めて短時間でも生きていたことを要し、判例上および学説上異論なく、母体外に排出された後、なんらかの生命活動の兆候を少しでも見せれば、出生したものとして扱われる。⁽¹⁹⁾ それを判断するにあたっては、「呼吸または心臓鼓動のあつたか否か」が問題であると考えられている。⁽²⁰⁾ あるいは、現在は、これを言い換え、母体との分離時に「生命活動の兆候（心臓・臍帯の拍動、呼吸（のいずれか：筆者による加筆））」を示していれば十分であるとされるが、⁽²¹⁾ その根拠として、何らかの生命活動の兆候の裏返しである死産の届出においては、「死産とは妊娠第4月以後における死児の出産をいひ、死児とは出産後において心臓搏動、随意筋の運動及び呼吸のいづれをも認めないものをいふ」とされている（死産の届出に関する規程）ことが挙げられる。

分娩という概念は、胎児だけでなく臍帯および胎盤の排出までを含むが、本条にいう出生は、臍帯による母体との結合が残存していてもよいとされる。その理由は、全部露出説を採用する理由が、出生によって、母体という別の法主体から完全に独立した存在となることだからである。⁽²²⁾ この点は、後述の通り、胎児治療（外科手術）との関係で意味を有する。なお、人の身体の全部が母体から外に出ることが、自然に、あるいは医学的に行われたかは、問題にならない。⁽²³⁾

(3) 発達段階や生存能力について

他方で「出生」した子の発達段階や生存能力（ある程度の期間生命活動が継続しうること）は問われない。なぜなら、どの発達段階をもって、あるいはどの程度の生存能力をもって権利能力を取得するかを決定するのは極めて困難であるし、また、それらによって人の権利能力の有無を決定するのは妥当でない⁽²⁴⁾とされるからである。

(4) 科学技術の進歩による「出生」概念変容可能性—2度目の出生？

胎児外科手術のケースにおいては、胎児の脊髄にできた腫瘍を取り除くために、妊婦の子宮を切り開いて20分程度胎児の全身を母体外に出し（臍帯は付着したままである。）、腫瘍摘出後子宮に戻し、その約12週間後に帝王切開で無事出産に成功した事例がある⁽²⁵⁾。この事例を我が国の判例・通説の「出生」概念に当てはめてみると、手術時に胎児の全身が母体から出たときに、当該児が「出生」したこととなり、そこで権利能力が与えられ、そのまま「人」として扱われるだろうか。あるいは、その後、再度母体に戻された時点で再度「胎児」となり、帝王切開で全身が露出した時に正式に（しかし2度目の）「出生」が行われたことになるだろうか。民法はそのような事態を想定していないことから、今後議論の余地があるが、独立呼吸説を採用すれば、上記事案については2度目に全身が露出し、臍帯を切って独立に肺呼吸が行われたときに「出生」し、「人」として権利能力を有すると考えることができるだろう。人工子宮の技術を使用することが可能となった場合においても⁽²⁶⁾、肺呼吸がまだ行われない状態において子宮と同様の環境下で成育を行うのが人工子宮の技術であることを考えれば⁽²⁷⁾、独立呼吸説によれば、母体から取り出して人工子宮に移した時点ではなく、（母体ではなく！）人工子宮から全身を取り出して肺呼吸を行った時点において「出生」し、「人」となると考えることができる。ただし、独立呼吸説を採用すると、全身が露出し心臓が拍動しているが、肺呼吸がなされていない場合には「出生」していないこととなるため、判断基準として明確ではないという批判がなされる可能性もある。

なお、人工妊娠中絶の場合に、母体排出時に生命活動の兆候があった場合に、生存可能性を考慮して出生を判断すべきかどうかという問題については、既に「生存可能性を不問とするのを原則としつつ、母体と分離した後、胎内での生育期間が短いこと（妊娠 22 週未満）等胎児自体の事情に鑑みて、独立して生存しうる可能性が相当に低い場合には、例外的に出生としない扱いとする余地はあろう⁽²⁸⁾」という見解がある等、「出生」については、今後⁽²⁹⁾も様々な場面を想定した上で検討していく必要がある。

4. 民法における「胎児」の法的地位

(1) 民法の立場（主體的地位と保護の客体としての地位が入り混じっている⁽³⁰⁾）

民法上、「胎児」には原則として権利能力がないが、例外として、不法行為を理由とする損害賠償請求権（721 条）、相続（886 条）、遺贈（965 条）については、権利能力を有するものとみなしている。なお、本稿においては、損害賠償請求権を中心に考察する。

ここで、我が国の民法がなぜ上記の場合について権利能力に関する胎児例外を設けたのかについて簡潔に述べる。それは、胎児は、いずれ人として権利能力者になることが予想される存在であるにもかかわらず、出生の時が少し早いか遅いかという単なる偶然で、運命が大きく変わるのは公平ではないため、民法は、不公平がとくに問題となる事柄について例外を認めることにしたのである。⁽³¹⁾ 各国の法律は、みな多少の例外を設けているとされるが、我が国では、胎児が生きて生まれることを条件として、すべての法律関係について、胎児の利益のために、一般的に既に生まれたものとみなすのではなく、相続その他重要な関係について、個別的に、既に生まれたものとみなす主義（個別主義）を採用している。個別主義は、適用の範囲が明瞭である点にメリットがあるが、網羅的でないために、既存の規定で胎児の保護が十分であるか疑問であるとされている。⁽³²⁾ 当初、旧民法人事編 2 条は一般主義に立脚した規定を設けていたが、なんらかの胎児の利

益に関係すると考えればことごとく権利能力を認めることになるのかなど適用範囲をめぐる紛争を生じさせるおそれがある一方、一般主義をとる立法の下でも主に問題となっているのは相続、遺贈および不法行為に限られるとみられることから、修正の過程で個別主義に転換された⁽³³⁾。我が国における個別主義の採用は、「決して胎児の生命の尊厳を軽視するものではなく、むしろ、列挙された効果との関係で胎児の利益が問題となるときは、法がこれを守ろう」という決意表明であり、やがて生まれてくる子に対する「社会的保護要請の表れ」である⁽³⁴⁾とされる。

そして、本条の起草過程で、くり返し主たる適用事例として挙げられたのは、「親が不法行為によって死亡するなどして、事後に出生した子が扶養等を受けられない場合に、不法行為当時はいまだ胎児であった子でも扶養利益喪失についての損害賠償請求権を取得し得るという例」であり、「出生後に享受すべき利益について、胎児だった間の不法行為との関係でも保護される資格を与える制度として構想されていた」とみられる⁽³⁵⁾。もちろん、後述の通り、胎児受傷事例も適用事例に入っているが、想定していた事例が裁判となったのが以下に紹介する「阪神電鉄事件」であり、「生まれたものとみなす」という文言の解釈をめぐる争いが生じている。

(2) 「阪神電鉄事件」(大判昭和7年10月6日民集11巻2023頁)と学説

「阪神電鉄事件」においては、被害者が阪神電鉄の踏切を通過中に電車にはねられ死亡したが、被害者には挙式し同居しているがまだ婚姻届を出していない内縁の妻および内縁の妻のお腹の中にもうすぐ生まれる胎児がいた。親族の代表者が、被害者死亡による損害賠償に関する権限を被害者の親、他の親戚、および内縁の妻から与えられ、阪神電鉄と交渉の上、損害賠償金を受領し、爾後何らの請求もしない旨の和解契約をしたが、胎児はこの契約に拘束され、出生後に扶養利益喪失を理由として加害者に対する損害賠償請求を行うことが認められないのかが問題となった。大審院は、民法の規定は、胎児が生きて生まれた場合に、不法行為による損害賠償請求権取得について出生の時に(胎児期に)遡って権利能力があるものとみ

なすべきであるというだけであり、胎児に対して請求権を出生前において処分すべき能力を与えたものではないし、民法上は出生前にその処分行為を代行すべき機関に関する規定がないのであるから、出生前に胎児を代理して行った前記交渉は有効なものとは認められないとした。⁽³⁶⁾

旧多数説は、大審院と同様に、胎児中に権利能力はなく、生きて生まれたときに、不法行為の時に遡及するとする。従って、胎児である間には、法定代理人も存在しえないとする（停止条件説、人格遡及説）。⁽³⁷⁾その理由は、①胎児の財産を管理する法定代理人制度が存在しない現行法の解釈上やむを得ないこと、②解除条件説（後述する現在の有力説）に従っても、財産管理人制度のない現行法では胎児の利益とならないことである。⁽³⁸⁾

しかし、相続などにおいて、胎児である間に遺産分割がなされ、出生後に遺産を取り返すことに困難を生ずる事態も発生することから、「胎児中にも、生まれたものとみなされる範囲において制限的な権利能力があり、法定代理人も存在するものとし、生きて生まれなかったときは遡及的にこの権利能力が消滅すると解する方が妥当ではあるまいか」として解除条件説（制限人格説ともいう。）が現在有力に主張されるようになった。⁽³⁹⁾

(3) 代理可能性の問題

現代では、胎児になった生命体は、出生に至る確率の方が高いこと、胎児である間に損害賠償請求ができるため胎児の保護になるという点からは、解除条件説の方が優れているといえる。⁽⁴⁰⁾もちろん、胎児性水俣病のように、無事出産に至るか否か、またどの程度の被害であったかが、出生した段階で明確となるため、解除条件説をとっても胎児の段階では権利行使をしにくい事案もあるが、このような場合には、出生を待ってから権利行使をしても構わない。⁽⁴¹⁾

「誰が胎児のための権利行使をするのか」という問題については、確かにそのための規定が民法上存在しないため、解除条件説の弱点となっている。しかし、現在では、停止条件説か解除条件説かといった形式的な法律構成は問題ではなく、問題の本質は、胎児の保護者に胎児を代理する可能

性を認めるべきかどうかであるという指摘がなされている⁽⁴²⁾。つまり、両説の実際上の差は、胎児の出生前に法定代理人を付して、胎児保護の実効性を確保することを認めるか否かであると考えられている⁽⁴³⁾。そこで、以下においては、胎児を代理する可能性を否定する説と肯定する説について紹介する。

代理可能性否定説は、①胎児の代理について民法に規定がないこと、②不利な法律行為がなされるおそれがあることを理由⁽⁴⁴⁾にしている。これに対し、代理可能性肯定説は、①民法721条の趣旨が、胎児も既に生まれている子と同じように扱う趣旨であると解釈するのが自然であることから、子と同様に原則として親権者となる者が代理権を行使できると考えるべきであること⁽⁴⁵⁾、②不利な法律行為がなされる可能性の一般性から、胎児だけを区別すべき理由はないことを理由とする。なお、代理可能性肯定説には、代理権の範囲として胎児の権利保存のため必要な行為に限定するという保存行為限定説⁽⁴⁶⁾と赤ん坊と同じように扱うならば、代理権の範囲も特に限定する必要はないとする無限定説⁽⁴⁷⁾がある。胎児の場合にも、「子の利益」と同様に「胎児の利益」のためという枠組内で代理権を行使するという縛りにより、子と同様の保護を受けることができるようにすべきであるということが実現できることから、無限定説を採用しても問題ないだろう。

(4) 裁判例の状況—胎児受傷事例について

裁判例としては、①上記「阪神電鉄事件」を典型例とする間接被害事例、②胎児受傷事例、③胎児の死亡事例という分類を行うことができるが、本稿において問題としている②には、公害・食品公害（胎児性水俣病など）、交通事故、周産期医療過誤などがあるが、なかでも「胎児管理・分娩管理・新生児管理」上の医療過誤事例が昭和50年（1975年）前後から劇的に増加している点は、特筆すべき傾向であるが、「特に本条（721条）の適用可否自体が争われた例は見当たらない」という分析がなされている⁽⁴⁸⁾。最高裁は、傍論としてだが、出生後に損害が発生した場合に関し民法721条の適用を認めている（最判平成18年3月28日民集60巻3号875頁）と解さ

れている。⁽⁴⁹⁾この裁判例については、「簡潔な説示ゆえ断定できないが、素直に読めば、出生前の加害行為によって、出生後に法益侵害（傷害及び後遺障害）を受け、これにより損害を被るという構成」⁽⁵⁰⁾であると考えられている。

学説においては、胎児が母体を通して打撃を受け、損害を受けて出生したり、出生後に損害が発生した場合、たとえば、母親が病原菌やウイルスの混入している血液の輸血でこれらに感染し、そのため、胎児もこれらに感染して損害を受けて出生したり、出生後に損害が発生した場合、民法721条が適用されると解するのが通説である。⁽⁵¹⁾なお、胎児の人格権について論じる説もあり、それによれば差止請求権行使も可能であるという。⁽⁵²⁾

(5) 胎児治療の場合—不法行為の問題について

このように、胎児治療においても、医師の過失により胎児に傷害が発生し、傷害あるいは障害をもって生まれた場合に、721条に基づく医師に対する損害賠償請求が可能であることは間違いない。なお、胎児が母体内で死亡した場合には721条は適用されず、妊婦への不法行為と評価される。

問題は、胎児が出生後、母親に対する損害賠償請求権、あるいは父親に対する損害賠償請求権を行使しうるかである。家族間不法行為において免責がなされうるかの問題が関連してくるが、Steinbockによれば、この問題が議論されてきた米国において、免責（intra-familial immunity）⁽⁵³⁾は、ほとんどの州で認められなくなっているとのことであるし、家族であることを理由とした免責を民法から導き出すのは困難である。すなわち、親権者による未成年者の財産管理の注意義務が軽減される（自己の財産に対するのと同じ注意義務のみ負う）という規定（民法827条）に鑑み、財産管理に関する注意義務の軽減であれば可能だろうが、不当な管理の結果未成年者の利益を害することは財産管理権喪失事由となっており（民法835条）、未成年者から親権者に対する損害賠償請求（民法709条）も可能と解されている。⁽⁵⁴⁾そう考えるならば、例えば、妊婦が身体への侵襲を嫌って胎児治療を選択しなかったがゆえに胎児の発達が遅れ障害が残った場合

等、胎児中に行った胎児治療の選択あるいは不選択を不法行為に該当するとして、胎児はその出生後に特別代理人を選任して親を訴えることができるかもしれない。ただし、このような考え方は以下のような危険を孕んでいる。まずは、妊婦と胎児が分離不可能であることから、胎児の利益と権利主体である妊婦の身体廉潔性や自己決定権との間に利益相反を生ずる点である⁽⁵⁵⁾。場合によっては妊婦の中絶を選択する権利との相克を生ずる可能性もあるし、胎児虐待という概念を作り出す必要性が出てくるかもしれない。現実には、胎児の最善の利益のために、あるいは家族の意向をくみ取り、自分を二の次に考えて自己犠牲をする妊婦がいるだろうと推測されるが、その傾向を助長することにつながりはしないか。また、胎児治療については、胎児にとって利益となることが明確に証明されていない革新的医療や医学研究として一か八かの賭けとして選択を迫られることがあり、将来親となる者は、医療倫理上適切な手続に則って医師の説明を聞き、自分達と胎児にとって何が最善の選択かという観点から決定することになるが、その場合において、その選択について過失があると認定することができるだろうか。このような複雑さに鑑みるならば、胎児が生まれた後に法定代理人となる者の注意義務違反を簡単に認めることはできず、不法行為が成立する場面については限定的に考える必要がある。なお、胎児治療の場面における医師の説明義務の内容は、通常の医療と比べてリスク・ベネフィットについて明確に分かっておらず医学研究としての側面がある場合や医学研究として計画⁽⁵⁶⁾することができない希少疾患であるため革新的医療として行う場合には、医学研究またはそれに準じた、治療よりも厳格な説明責任が課せられることとなる⁽⁵⁷⁾。

(6) 胎児治療の場合—治療選択時における注意義務

上記のように、胎児が自らの出生後に母や父の不法行為責任を問える可能性があるとしても、胎児には、胎児治療が選択された時点における契約に関する権利能力はない。しかし、胎児治療選択について、完全に母と父の自由裁量に任せるならば胎児の法的保護が図れない可能性がある。そこ

で、後にその裁量に基づいて決定したことについて不法行為責任を問われるのであれば、治療選択時の裁量につき何らかの制約をかける方が合理的であるし、胎児の保護につながることから⁽⁵⁸⁾、将来親権者となる者が将来子となる者のために胎児治療について決定する場合には一定の注意義務を負うと構成し、その注意義務に関しては、以下のように考えるべきである。すなわち、子の治療選択については、「子の利益」という縛りがあるが、胎児と子の連続性、および不法行為に基づく損害賠償請求権の場面ではあるが、妊婦に胎児の代理権（親権規定の準用）を認める説に立てば、「子の利益」部分も準用されることから、「胎児の利益」の範囲内で裁量が認められると考えるのである。また、治療選択における一定の注意義務を母や父に負わせることにより、医師に対する一定の監視が可能となるため、胎児の利益を確保するために有効に機能すると考えることができるだろう。

ただ、この考えを推し進めれば、前記の通り、妊婦の権利との間で利益相反が起こる可能性は否定できない。ここで、胎児を中絶しないと決定したならば、という形で妊婦の権利への配慮を示し、そのうえで胎児の利益とのバランスをとるという考え方もあるが、妊婦の権利は中絶の場合に限られないためバランスのとり方は極めて難しい。この利益相反問題については、項を改めて論じるが、民法の利益相反に関する規定を参照することができるだろう。

なお、厳密に考えれば胎児には契約に関する権利能力がないことから、上記考え方には少々無理があるかもしれない。そこで、胎児を主体的な存在としてではなく、保護の対象として扱い、胎児治療時に胎児を第三者による契約の受益者とする⁽⁵⁹⁾ことで、胎児の利益を保護するように、親に注意義務を負わせようとするのはどうだろうか。一般に、第三者のためにする契約は、その成立の時に第三者が現に存しない場合（胎児、設立中の法人など）であってもそのために効力を妨げられないと解されてきたことから、その旨が改正民法537条2項で明文化された。京都地裁令和3年3月26日判決裁判所ウェブサイト（改正前の分娩契約に関する事案）を例にとつ

て説明すると、胎児は契約主体ではない（権利能力はない）が受益者として契約に基づく損害賠償請求が可能である。ただし、胎児の権利は、胎児が医療機関に対して契約の利益を享受する意思を表示した時に発生する、すなわち遡及しない（同条3項）ため、法定代理人により意思表示がなされるのが「生まれたとき」であるならば、出生前に起こったことについてはカバーされない。そうすると、胎児は出生後に生じた損害について債務不履行に基づく損害賠償請求権を取得するのみである⁽⁶⁰⁾。このような解釈をすれば胎児例外の個別主義との矛盾は生じない。なぜならば、胎児の出生前に権利義務が発生しているわけではなく、「生まれたとき」にはすでに胎児ではなく権利能力があるからである。

このように、胎児治療を行うに際し、胎児である間に胎児を代理して法定代理人となる者が契約をすると構成することは胎児例外について個別主義を採用する限り難しいが、これまで述べてきた通り、研究倫理の枠組を構築するにあたり、胎児のために胎児治療／研究を行うこと、その際に胎児の利益を基準とすること、さらに、胎児と妊婦の利益衝突が起こった場合に民法の利益相反に関する規定を参照することには法的な問題はないと考える。そして、将来的にはこれを立法化することが望ましい。立法論としては、胎児のために特別代理人を選任することや、⁽⁶¹⁾「家庭裁判所の厳格な監督」⁽⁶²⁾が提案されているが、後述の通り、胎児治療の場面においては、当面の間は医療倫理の枠組にこれらの内容を落とし込み、制度設計をすることが可能であろう。

5. 胎児の利益と妊婦の権利の衝突—利益相反

これまで述べてきたように胎児治療の特殊性は、母体と胎児を同時に扱うことであるが、⁽⁶³⁾妊婦にとって最適である療法が必ずしも胎児にとって最適とはいえない場合や、反対に、胎児にとっては最適だが母体にとっては最適とはいえない場合には、誰のどのような判断で療法や処置を決定することになるのかという問題が生ずる。⁽⁶⁴⁾少なくとも当該処置などについて妊

婦の同意が不可欠であることは間違いないが、「人」として権利能力を有する妊婦と、未だ権利能力を有しない「胎児」の利益が衝突した場合、法的には、最終的に権利能力を有する「人」である妊婦の利益が優先されることになるだろう。⁽⁶⁵⁾ それにしても、両者の利益が対立する場合をどのように解決すべきかは難しい問題であり、上記利益相反に関する考察を踏まえ、「おわりに」でどのような解決をすべきかについて提案を行う。なお、出生後の養育者としての立場も含めて考えた場合には、両者の利益が長期的に見て一致することも多いと考えられることも付記しておきたい。⁽⁶⁶⁾

また、胎児治療の現場においては、妊婦だけでなく父親の同意も得て胎児治療を行っているという。⁽⁶⁷⁾ そこで、胎児の父が同意権者となることができるかについて少し考えてみたい。胎児を独立した存在と捉えず母体に対する治療と捉えれば、母親のみの同意で問題ないが、医学的には胎児を独立した存在と捉え、胎児であり子として生まれる存在に対する利益を有する父親の同意も得ているということであろう。つまり、胎児治療は妊婦を通して、胎児に対してなされるものであるから、当該胎児が生きて生まれた後に親権者となる胎児の父も同意権者であると解する余地がある。上記で検討した胎児に関する代理可能性肯定説を採用した場合に代理人を誰にするかに関しては、様々な説明がなされている。例えば、「胎児の出生後に法定代理人となる者が一父母の場合が多いであろう—胎児についても法定代理人となると考えることが自然」⁽⁶⁹⁾、あるいは、民法の例外規定が、「損害賠償、相続、遺贈にかんする未成年者についての法定代理、とりわけ親権の規定の適用を定めていると解することも可能である。従って、私見としては、この3点にかぎって、胎児が出生したときに法定代理人となる親権者が胎児の法定代理人になることを認めてよい」という説明がなされている一方で、胎児の利益保護のためには相続や不法行為の関係においてだけでも、懐胎している母に法定代理権を認めるべき、とか「母を法定代理人」として権利を保存する措置をとることが認められてよいと説明されている。⁽⁷¹⁾ 前者の説明は、法定代理人である父母を、後者に関しては「母」を代理人として想定しており、胎児治療の場合にはこの者に同意権を与える⁽⁷²⁾

と考えればいいだろう。ただ、胎児、妊婦、胎児の父の利益や意見が一致するとは限らず、また、三者の重みは同じではない点に問題があり、胎児の父については、いかなる法律構成で認めるのかや妊婦と胎児との利益調整という問題も含め、今後も検討していく必要がある。⁽⁷³⁾

6. おわりに

上記のような現状を踏まえた上で、胎児治療における胎児と妊婦双方の利益を確保するため、すなわち利益相反問題に対処するためにどのような仕組みが必要か（妊婦への心理的強制や中絶の抑制という問題もある。）、どのような判断基準に従って胎児治療に関する最終判断をすべきかについて、暫定的な見解を述べる。民法における利益相反規定の目的は、親権者と子、または子ども間において相続や第三者との財産取引等に関して利益相反が発生した場合に、家庭裁判所に申立てを行い、特別代理人を選任して利益相反を有している子の利益を保護することにある（民法 826 条）。胎児治療においては、財産関係の利益相反ではなく身体上および健康上の利益相反が発生しうるのであるが、財産であるか身体であるかという違いはあるものの、同様に利益相反状態が発生しているのであるから、同じように胎児の利益を保護するための特別代理人（利益擁護者）を選任し、その者が当事者の意思決定支援をするべきではないだろうか。その場合、家庭裁判所ではなく、当該医療機関の倫理委員会を通じてその者を選任するという手続に代替しても上記の利益相反規定の趣旨に反することはないだろう。そして、この利益擁護者は対立当事者として存在するのではなく、妊婦およびそのパートナーが妊婦および胎児にとって最善の選択ができるように支援的なかかわりをすべきである。⁽⁷⁴⁾ また、利益擁護者は当該胎児治療の内容について適切に理解をし、胎児治療を行う医師に対して対等な立場を有しており、分かりにくい点につきより詳しく説明を求められる地位にあることが望ましい。

医療現場の変化や人々の胎児への意識の変化を踏まえて、「人」と同様

の保護を受けるべき場合を拡大すべきか等の胎児の保護の在り方については、現存する人の権利との衝突の場面があることを十分に意識した上で、今後も議論していく必要がある。特に胎児治療への参加の場面については「胎児の利益」や「利益擁護者」について、医学研究の観点からも議論する必要があるだろう。

【謝辞】社会技術研究開発（RISTEX）「『胎児—妊婦コンプレックス』への治療介入技術臨床研究開発に係る ELSI」（代表研究者：松井健志）（“ELSI on the Clinical Research for Treating the Fetal-maternal Complex”）のメンバーの皆さんの活発な議論及び助言に感謝したい。本研究は、日本学術振興会科学研究費補助金・基盤研究（A）JSPS 科研費 JP19H01083 および国立研究開発法人科学技術振興機構 戦略的創造研究推進事業（社会技術研究開発）JPMJRS22J2 による助成の一部を受けて行われた。

注

- (1) 石田穰『民法総則』（信山社、2014）122 頁
- (2) 本稿は、2023 年 8 月 2 日にリトアニア（Vilnius, Lithuania）において行われた第 27 回世界医事法会議における報告 “Legal Protections of the Fetus and the Mother in the Context of the Development of Fetal Therapy” を大幅に加筆修正したものである。なお、本稿で検討することはできなかったが、Elizabeth Chloe Romanis, *Challenging the ‘Born Alive’ Threshold: Fetal Surgery, Artificial Wombs, and the English Approach to Legal Personhood*, *Medical Law Review* (2019) vol. 28, No.1, pp.93-123 から大いに刺激を受けた。今後比較法も含めて丁寧な分析を行いたい。
- (3) 左合治彦「胎児治療のわが国と世界の現状」中田雅彦編著『胎児疾患と胎児治療』（メディカ出版、2020）17 頁、胎児治療の現状については、日本胎児治療グループのホームページ（<https://fetusjapan.jp/>）を参照（最終閲覧日 2023 年 12 月 3 日）。
- (4) 左合・同上
- (5) 社会技術研究開発（RISTEX）「『胎児—妊婦コンプレックス』への治療介入技術臨床研究開発に係る ELSI」（代表研究者：松井健志）2023 年

2月11日講演会資料(中田雅彦)

- (6) 左合・前掲注3, 17頁。また, 胎児治療の中には, 対象疾患がまれで, かつ非常に重篤な状態に対する治療のため, ランダム化比較試験の実施が難しく, 質の高いエビデンスの創出が難しいものがある(左合・前掲注3, 20-21頁)。
- (7) ヘルシンキ宣言(世界医師会「人間を対象とする医学研究の倫理的原則」(1964年制定, 最終改訂2013年))には, 胎児に関する言及がなく, 我が国の「人を対象とする生命科学・医学系研究に関する倫理指針」においても胎児に関する言及はない。国際医学団体協議会(CIOMS)の研究倫理指針は1980年代から「妊婦」が被験者となる場合に求められる倫理的考慮事項について述べているが, 2016年版指針において「胎児」を想定した記述をようやく追加する等, 国内外の指針等においては, 研究に参加する胎児について言及されることは稀である(伊吹友秀・山本圭一郎・松井健志「研究における胎児の扱いに関する考察—“被験者としての胎児”という概念について」生命倫理32巻1号(2022)32頁)。
- (8) 医療の進歩や超音波画像診断など日常の産科医療を通じ胎児がより可視化され存在感を増していること等に鑑み胎児の保護について法的検討を行ったものとして, 石井美智子「未出生の子の保護」川井健ほか編『講座現代家族法第3巻 親子』(日本評論社, 1992)87頁以下, 服部篤美「法律学からみた母体内にある出生前の生命の保護」家永登・仁志田博司編『シリーズ生命倫理学 第7巻 周産期・新生児・小児医療』(丸善出版, 2012)99頁がある。
- (9) 我妻榮『新訂民法總則(民法講義I)』(岩波書店, 1965)50頁
- (10) 我妻・前掲注9, 50-51頁, 谷口知平編集『注釈民法(1)総則(1)』(有斐閣コンメンタール, 1964)(谷口知平執筆)156頁, 佐久間毅『民法の基礎1 総則〔第5版〕』(有斐閣, 2020)18頁, 加藤雅信『新民法体系民法総則(第2版)』(有斐閣, 2005)62頁, 石田・前掲注1, 118頁他。
- (11) 我妻・前掲注9, 51頁
- (12) 鳩山秀夫『日本民法總論〔増訂改版〕』(岩波書店, 1930年)43頁
- (13) 四宮和夫・能見善久『民法総則(第9版)』(弘文堂, 2018)35頁
- (14) 山本敬三『民法講義I〔第3版〕』(有斐閣, 2011)33頁
- (15) 大刑判大正8・12・13刑録25輯1367頁, 我妻・前掲注9, 51頁, 谷口・前掲注10, 156頁
- (16) 山口厚『刑法各論〔補訂版〕』(有斐閣, 2005)8-9頁
- (17) 境原三津夫「胎児に対する不法行為と損害賠償請求(一)」北海学園

- 大学法学研究 41 卷 4 号 (2006) 716 頁
- (18) 山野目章夫編集『新注釈民法 (1) 総則 (1)』(有斐閣, 2018) (小池泰執筆) 337 頁
- (19) 大塚直編集『新注釈民法 (16) 債権 (9)』(有斐閣, 2022) (野々村和喜) 371 頁
- (20) 谷口・前掲注 10, 156 頁
- (21) 小池・前掲注 18, 337 頁
- (22) 小池・前掲注 18, 336 頁
- (23) 石田・前掲注 1, 120 頁
- (24) 石田・前掲注 1, 119 頁, 谷口・前掲注 10, 156 頁, 小池・前掲注 18, 338-339 頁
- (25) この胎児は仙尾部奇形腫 (Sacrococcygeal Teratoma) により血液を奪われており, 心不全のリスクがあった。医師らは妊婦に対して中絶を勧めたが, 一人の医師が手術の可能性を示唆したため, 23 週で外科的手術が行われた。手術時, 胎児と腫瘍はほぼ同じ大きさであり, 胎児の生存率は 50% であった。腫瘍が大きかったため, 胎児を完全に母体外に取り出して手術が行われた。手術後子宮を完全に閉じ, 妊婦はその後 12 週間の間ベッドで過ごして出産に備えたという。(Baby Lynlee 'born twice' after life-saving tumour surgery (24 October 2016) <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-37750038> (last visited 26 November 2023) ; Meet the baby who was born twice (October 20 2016) <https://edition.cnn.com/2016/10/20/health/baby-born-twice-fetal-surgery/> (last visited 26 November 2023)).
- (26) フィラデルフィア子ども病院のチームが, 生存可能性のあるギリギリの段階の羊の胎児を母体外に取り出しすぐに人工子宮に移し, 子宮内と同様の環境で「胎児として」成育させることに成功したことが報告されている (The Associated Press, "Scientists successfully grow lambs in artificial womb, offering hope for preemies", April 25 2017). <https://www.cbc.ca/news/health/womb-artificial-1.4085545> (last visited November 28 2023)。現在は, 豚での成功事例も報告されている (Abrao Trad A T, Buddington R, Enninga E, et al. (April 27 2023) Report of an Experiment With a Fetal Ex-Utero Support System in Piglets. *Cureus* 15(4) : e38223. DOI 10.7759/cureus.38223) (last visited November 28 2023)。
- (27) なお, フィラデルフィア子ども病院の記事において研究者の一人が,

胎児が人工子宮内で「呼吸」していると発言しているが、これは「肺呼吸」ではなく、羊水同様の液体が肺に入っていくことを表している。この研究は臓器形成が不十分な早産児については、NICUで治療をしたとしても肺への損傷が起こるリスクが高いことから、赤ん坊として外に出してから成長させるのではなく、人工子宮内での肺形成を含めた胎児の成長を促すことを目指した研究であるからである (The Associated Press, *supra* note 26)。なお、人間の肺呼吸の開始時期は生理学的には以下のとおりである。「第一声のうぶ声と共に、胎盤循環が止まり、出生時の皮膚刺激や光刺激、それに外界との温度差などが呼吸中枢を刺激して肺による第一呼吸が始まる」(五十嵐勝朗「新生児・乳児の生理学」IRYO vol. 61 no. 4 (2007) 236頁)。

- (28) 小池・前掲注 18, 339 頁
- (29) これとは逆の方向から、胎児死亡の場合の慰謝料を念頭において、「二週以降は次第にひとりになる可能性が増大し、自力で子宮外での生存が可能となる妊娠三七週以降はひと(新生児)と同等に保護すべき」という見解もある(境原三津夫「胎児に対する不法行為と損害賠償請求(二)」北海学園大学法学研究 42 卷 1 号 (2006) 156 頁, 171 頁)。
- (30) なお、刑法における「人」や胎児傷害の事例(最判昭和 63 年 2 月 29 日刑集 42 卷 2 号 314 頁)、および胎児外科手術において胎児と人をどのようにに区別すべきかについては、世界医事法会議における報告では扱ったものの(前掲・注 2)、本稿では字数の関係上割愛する。
- (31) 佐久間・前掲注 10, 18 頁, 山本・前掲注 14, 33 頁, 石田・前掲注 1, 122 頁, 野々村・前掲注 19, 370 頁(「当該法律関係が生じた時点ですでに胎児として母体内にあり近く出産することが期待されていたのにもかかわらず同原則を貫くことが、出生後の関係当事者の利害調整として不均衡である(遅く生まれたことによる不利益を迫わせるべきではない)との考慮に支えられている。」)
- (32) 我妻・前掲注 9, 50 頁, 野村好弘「胎児の法的地位」ジュリスト 903 号 (1988) 95 頁, 加藤・前掲注 10, 59 頁, 石田・前掲注 1, 122 頁, 四宮・能見・前掲注 13, 36 頁, 谷口・前掲注 10, 160 頁
- (33) 野村・前掲注 32, 94-95 頁
- (34) 河上正二「胎児の法的地位と損害賠償請求一近時の最高裁判決を機縁として」円谷峻・松尾弘編著『損害賠償法の軌跡と展望(山田卓生先生古稀記念論文集)』(日本評論社, 2008) 5 頁
- (35) 野々村・前掲注 19, 371 頁

- (36) なお、大審院判決の背後には、「代理人が胎児の利益を適切に図らない危険を胎児に負わせることは妥当でない」という考慮があるとされている（佐久間・前掲注10, 20頁）。
- (37) 我妻・前掲注9, 51-52頁（旧我妻説）、起草者は、停止条件説を考えていたようである（石田・前掲注1, 123頁、梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編（復刻版）』（有斐閣, 1984）911頁には、真に権利を享有するのは出生後である旨述べられている。）。
- (38) 谷口・前掲注10, 161頁
- (39) 我妻・前掲注9, 52頁
- (40) 加藤・前掲注10, 60-61頁、他の相続人が胎児を除外して遺産分割し、それを費消してしまった場合の胎児の不利益については、石田・前掲注1, 124頁を参照。
- (41) 加藤・前掲注10, 61頁
- (42) 山本・前掲注14, 35頁
- (43) 小池・前掲注18, 349頁
- (44) 佐久間毅『民法の基礎1 総則〔第4版〕』（有斐閣, 2018）20頁
- (45) 「胎児について、限定的にであれ、権利能力を認めるのは、生きて出生しなかった場合を除き、その限りで権利の取得を認めるためである。それにもかかわらず、民法典が、そのようにして取得した権利を維持し、活用するために不可欠な手段であるはずの代理制度を定めていないのは、重大な欠陥だといわなければならない。権利能力を認めるという規定の目的を実現するためには、むしろ胎児の代理を認めることにより、この欠缺を補う必要があるというべきだろう。」（山本・前掲注14, 36頁）
- (46) 石田・前掲注1, 124-125頁（「胎児が出生する前の期間はそれほど長くないから、胎児のために保存行為（103条1号）以外の行為をする必要性に乏しいこと、胎児が死産の場合に法律関係が複雑になるのをできるだけ避けるべきことを考慮し、法定代理人は、保存行為しかできないと解するのが妥当であろう」）、我妻・前掲注9, 52頁。この説に対しては、佐久間・前掲注44, 20頁において、以下のような批判がなされている。すなわち、「胎児の代理を出生後の子の代理に準じて認めながら、不適切な代理による不利益の危険から胎児を保護しようとすることは、出生後の子を親が代理する場合との不均衡を生ずる。出生後の子は、親による不適切な代理から保護されないのに、胎児は保護されることになるからである。出生後の子に関する親の代理にも同様の制限をもうければ、この不均衡は解消する。しかしながら、それには民法改正が必要になる。

それがされていない現状で、不適切な代理による危険から胎児を保護しようとするなら、代理方法の未整備を理由として、胎児の代理を認めないとするしかないと思われる。」

- (47) 鈴木ハツヨ「判批」『民法判例百選Ⅰ 総則・物権（第3版）』（有斐閣、1989）11頁
- (48) 裁判例分析に関しては、野村・前掲注32, 95-96頁、野々村・前掲注19, 388-393頁を参照、②③の裁判例分析については、境原・前掲注17, 722-740頁も参照。
- (49) 石田・前掲注1, 125頁、山本・前掲注14, 34頁注4（「無保険車傷害保険金は、賠償義務者に代わって損害を填補するという性格を持ち、賠償義務者が賠償義務を負う損害はすべて填補の対象となるという趣旨と解される以上、胎児である間に受けた不法行為によって出生後に傷害が生じ、後遺障害が残ったときは、721条により胎児も加害者に対して損害賠償請求権を有することが認められているのだから、この損害も填補の対象となると考えたわけである。」）
- (50) 野々村・前掲注19, 387頁、河上・前掲注34, 25頁も、「本判決は、損害保険契約の領域において、胎児が経済的利益を受ける『被保険者』となる可能性を示した」と評価する。
- (51) 石田・前掲注1, 125頁、谷口・前掲注10, 163頁、平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂、1992）164頁、幾代通『不法行為』（筑摩書房、1977）317頁、小池・前掲注18, 350頁
- (52) 「胎児は、財産法上の一定の事項につき死産を解除条件とする制限された権利能力を有する。これに対し、胎児は、人格権につきそのような制限のない権利能力を有すると解すべきである。例えば、胎児が外部からの不当な打撃や薬物により身体の完全性が害される場合や、出生の由来などに関し虚偽の風説が流布される場合、人格権に基づきその予防や停止を求めることができる。この場合、前述したように、原則として父母が法定代理人として訴えを提起することができる」と解される。これらの場合、死産のときには遡って権利能力を失うとすることは意味をなさないからである」（石田・前掲注1, 126頁）。境原・前掲注29, 171頁は「胎児に対する侵害は人になる可能性の侵害」と述べる。
- (53) Bonnie Steinbock, *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses, second edition*, Oxford University Press, 2011, at 115-116.
- (54) 前田陽一・本山敦・浦野由紀子『民法Ⅵ 親族・相続（第6版）』（有斐閣・

- 2022) 182 頁
- (55) Steinbock, *supra* note 53, at 118, 119. 中絶や胎児傷害の場合以外に生ずる裁判所命令による強制帝王切開や違法薬物・アルコール濫用妊婦に対する刑罰等その他の利益相反については, Steinbock, *supra* note 53, chapter 4 を参照。
- (56) 左合・前掲注 3, 20-21 頁, 中田雅彦「胎児治療を取り巻く環境と倫理」中田雅彦編著『胎児疾患と胎児治療』(メディカ出版, 2020) 25 頁, 27-28 頁
- (57) 佐藤雄一郎「臨床研究における被験者の権利」神戸学院法学 40 卷 3・4 号 (2011) 357-358 頁, 甲斐克則「『人間の尊厳』と生命倫理・医事法」『被験者保護と刑法』(成文堂, 2005) 16-17 頁
- (58) 河上・前掲注 34, 25 頁も, 「胎児の権利能力規定を欠く契約法の領域においても, 胎児が, 契約の当事者や受益者にならないというこれまでの一般的理解は, そろそろ見直されて良い時期に来ている」と述べる。
- (59) 筒井健夫・村松秀樹『一問一答 民法(債権関係)改正』(商事法務, 2018) 230 頁, 小池・前掲注 18, 350 頁。第三者のためにする契約および関連裁判例については, 和泉澤千恵「出産契約と第三者のためにする契約—民法改正法案第 537 条第 2 項をめぐって」國學院法政論叢第 38 輯 (2017) 21 頁を参照。
- (60) 和泉澤千恵「出産と出生児を受益者とする第三者のためにする契約」いほうの会報告(2023 年 9 月 30 日), 野々村・前掲注 19, 389-390 頁も, 「出生時点での受益の意思表示により子が取得する権利は, 出生時点以降の医療措置を求める債権ということにはならないのか, 出生前の医療行為を当該子との関係で債務不履行といえるのかは, やや疑問ではある」と述べる。
- (61) 我妻・前掲注 9, 52 頁(胎児のための財産管理について財産管理人を選任することを提案)
- (62) 鈴木・前掲注 47, 11 頁
- (63) 「母親は胎児の為に自分の体を侵襲に晒すことを拒否する権利を有するであろうし, 胎児といえども尊厳をもって扱われる権利を有すると考えられる」(仁志田博司「周産期医療・新生児医療・小児医療における倫理的特徴(1) 医学的側面」シリーズ生命倫理学編集委員会編『シリーズ生命倫理学第 7 巻 周産期・新生児・小児医療』(丸善出版株式会社, 2012) 6-7 頁) ことが倫理的ジレンマの始まりである。
- (64) 和泉澤千恵「分娩に関わる説明義務—近時の裁判例を題材として」國

學院法政論叢第39輯(2018)101頁

- (65) 同上
- (66) 第35回日本生命倫理学会年次大会シンポジウム「医学研究の中の胎児—妊婦をめぐる ELSI」(2023年12月10日)における高井ゆと里「母体—胎児治療研究 その倫理が位置づく文脈」報告から示唆を得た。
- (67) 中田・前掲注5
- (68) 民法の親権規定を類推適用するならば、婚姻している父親は胎児出生後、その子の親権者となる存在なので母親と共同で胎児契約を行うことが可能だろうか。婚姻していない場合は、胎児認知の規定を使って父子関係を確定させるという手があるが、その場合には、子の親権者は母親か父親のどちらかであり、生まれる前の段階で親権者を変更するという規定を類推適用するのは、侵襲を受けるのが母体であることを考えるとできないと考えられる。(おそらく胎児治療を行うのは婚姻夫婦の場合、あるいは夫がいなければ妊婦のみの同意で行うのだろう。)
- (69) 加藤・前掲注10, 61頁, 石田・前掲注1, 124頁
- (70) 加藤・前掲注10, 61頁(登記実務の扱いと同様。ただし、登記申請行為は厳密に言えば私法上の行為ではない(佐久間・前掲注10, 22頁))。
- (71) 谷口・前掲注10, 162頁
- (72) 野々村・前掲注19, 380頁
- (73) 和泉澤・前掲注64, 101-102頁, 永水裕子「帝王切開・無痛(和痛)分娩と自然分娩(2)一分娩方法選択の法的問題」シリーズ生命倫理学編集委員会編『シリーズ生命倫理学7巻 周産期・新生児・小児医療』(丸善出版株式会社, 2012)80頁
- (74) Samantha Halliday, *Autonomy and Pregnancy: A Comparative Analysis of Compelled Obstetric Intervention*, Routledge, 2016も、アメリカ法, イギリス法, ドイツ法の比較を行った結果として医師が裁判所命令等で妊婦にいうことを聞かせようとするのではなく、対話と説得を行うことの重要性を強調する。なお、最終結論は、その上で、医師や裁判所が胎児や妊婦を救おうとするのではなく、胎児が死ぬような決定であったとしても妊婦の自律権を尊重すべきであり、妊婦であることを理由に女性の尊厳を冒すべきではないというものである。